

SIN JUSTICIA *

ANTONIO ROVIRA **

Resumen: ¿Cuál es la tarea esencial del Poder Judicial? Esclarecer los hechos, interpretar y aplicar la Ley y ejecutar la pena con la finalidad de realizar los derechos fundamentales y demostrarnos a todos que efectivamente lo están haciendo. Pues bien, el trabajo se plantea las reformas necesarias para que el Poder Judicial pueda cumplir con sus funciones en un mundo globalizado y para ello se responde a las preguntas que hoy se formulan sobre su efectividad e independencia.

Palabras claves: Derechos humanos. Administración de justicia. Interpretación. Responsabilidad de los jueces. División de poderes.

Abstract: What is the essential task of the judiciary? It is to clarify the facts, to interpret and apply the law, to execute the penalty applying fundamental rights and to prove to everyone that they are actually doing so. Well, this paper speculates with the necessary reforms needed for the judiciary to fulfill these functions within a globalized world scenario; hence it answers questions that are currently being formulated about its effectiveness and Independence.

Keywords: Human rights. Administration of justice. Interpretation. Responsibility of the judge. Separation of powers.

SUMARIO: I. ¿CUÁL ES LA TAREA DEL PODER JUDICIAL?, II. BIBLIOGRAFÍA

I. ¿CUÁL ES LA TAREA DEL PODER JUDICIAL?

Esclarecer los hechos, interpretar y aplicar la ley y ejecutar la pena con la finalidad de realizar los derechos fundamentales y demostrarnos a todos que efectivamente lo está haciendo, bien.

La democracia, al implicar división de los poderes, imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular y sujeción de todos los poderes públicos y privados a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, necesita la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un poder que les permita interpretar y aplicar las leyes para resolver los conflictos, controlar la actuación administrativa y ofrecer a los ciudadanos la efectividad de sus derechos e intereses legítimos.

* Fecha de recepción: 27 de septiembre de 2013.

Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2013.

** Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: antonio.rovira@uam.es.

El conjunto de órganos que desarrollan esa función es el Poder Judicial, del que se ocupa el Título VI de nuestra Constitución configurándolo como uno de los tres poderes del Estado y encomendándole, con exclusividad, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

No obstante, el término “Poder” que emplea nuestra Constitución obliga a recordar que en la forma clásica de la doctrina de la separación de poderes el Poder Judicial era nulo, el juez se limitaba a pronunciar las palabras de la ley. Los ilustrados desconfiaban del juez, lo vinculaban a la monarquía absoluta, lo consideraban sospechoso y por eso reducían su función a una tarea simplemente mecánica y técnica, no podían interpretar la ley. Los jueces –decía Montesquieu– son “seres inanimados”, casi cosas, y deben funcionar como máquinas.

Incluso hoy, para algunos, la expresión Poder Judicial sigue sonando escandalosa y preocupante y continúan pensando que el juez debe limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos mentales estrictamente lógicos, mecánicos, sin realizar ninguna clase de valoraciones. Siguen sin fiarse y mantienen que no pueden ni representar ni practicar un poder social propio; piensan que el trabajo de la magistratura debe reducirse a la aplicación automática de la voluntad del legislador.¹

Pero la actividad judicial no se ha correspondido nunca con esta concepción, el juez realmente nunca ha sido *la bouche qui prononce les parol de la loi*; el Poder judicial, el llamado tercer poder, no es *un quelque façon nulle*. El juez siempre ha decidido, dado que en toda aplicación de una norma se da un desarrollo de la misma y cada actuación judicial implica, se admita o no, un elemento de decisión, de creación. Por eso la jurisprudencia puede ser considerada como fuente de Derecho y por eso, para realizar esta tarea de creación, de decisión, el juez necesita adiestramiento. La profesión de juez se aprende.

Estas concepciones liberales prescindieron por completo del problema de la justicia, de los valores, de la realización de los derechos; pero en épocas posteriores se ha prescindido de la eficacia, de las consecuencias, de los efectos que produce la actuación, y en la segunda mitad de nuestro siglo fue al revés, al reducir validez a eficacia, es decir, al afirmar que el Derecho auténtico no es el publicado, no es el texto que conocemos, sino aquél que efectivamente aplica el juez que dispone en algunos sistemas, de una gran capacidad para decidir qué norma aplica, incluso el alcance de la misma.

En fin, sigo pensando que para interpretar el Derecho correctamente debemos separarnos de estas posiciones reduccionistas, parciales, y tener muy en cuenta el texto de la ley que para esto está pero también los efectos que va a producir su aplicación y, finalmente, si con ella se realizarán los derechos fundamentales de la persona.

Aquel que desconfía del juez es el que intenta anular formalmente su poder intentando convencernos de que el juez no tiene elección porque todo concepto, y el Derecho es un

¹ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*.

conjunto de conceptos, es una invención a la que nada corresponde exactamente pero a la que muchas cosas se parecen. La fijeza del lenguaje nos engaña².

Ciertamente los jueces leen las mismas palabras de la ley cada vez que la aplican y en el mismo orden, pero el sonido que desprende cada lectura, la música que compone, depende de la época, del momento, del juez y del caso al que van a ser aplicadas. El juez para resolver el caso necesita adaptar las palabras, reconstruir los relatos en función de las consecuencias y los objetivos porque la ley que se aprueba hoy debe seguir aplicándose mañana.

Palabras jurídicas como “familia” o “matrimonio” en poco tiempo se han transformado en conceptos muy plurales, muy abiertos, porque la palabra “moral” ha dejado de expresar socialmente una determinada forma de vivir. La moral ya no está conectada necesariamente a la religión, ya no estamos oficialmente obligados a vivir como Dios manda. La moral está conectada con la tolerancia y la libertad. Ya no hay deberes impuestos a uno mismo, los deberes son para con los demás. Incluso hay una forma de vida no solo ética sino moral para los ateos, hay una moral laica que hace relativamente poco tiempo no era conocida ni admitida.

La moral que dominaba no hace tanto tiempo era una moral colectiva, basada en el sacrificio, conectada con la religión. Hoy ya no se diferencia la ética de la moral como conjunto de principios basados en la libertad y la responsabilidad personal; la moral también puede ser individual. El “individualismo” ya no es un concepto negativo ni se le relaciona con el egoísmo, los valores pueden ser realmente individuales, son los valores básicos de nuestro ordenamiento: derechos humanos, respeto a la libertad y a la individualidad, tolerancia, ecología y reciclaje, el respeto a los menores y a los mayores y la solidaridad. No hay una crisis de los valores como se repite desde los años 70. Los valores se han hecho más reales, más individuales, más libres, más consensuados y se afirman tomando como base la autonomía del individuo, el pluralismo y el acuerdo.

Los avances tecnológicos han dotado a otras palabras jurídicas de nuevos contenidos y alcances que las hacen realmente diferentes. La palabra “informática” nos produce unas imágenes y tiene un alcance y contenido desconocidos para el constituyente. En la actualidad el término “informática” del artículo 18.4 de la Constitución, ha permitido configurar

² Desde las primeras sentencias el Tribunal ha rechazado la posibilidad de interpretar las normas constitucionales a partir de normas inferiores, estableciendo un principio general de separación entre legalidad ordinaria y legalidad constitucional. Esta posición ya aparece en la primera sentencia resolutoria de un recurso de inconstitucionalidad. Y claramente en la sentencia de 20 de julio de 1981, diciendo que “cuando se trata de una exégesis constitucional, debemos rechazar el intento de establecer los enunciados constitucionales de las normas de rango inferior”. Y cuando limita la amparabilidad también mantiene como regla general que el derecho ordinario no refleja valores o principios fundamentales, fomentando así la necesidad de construir una propia dogmática constitucional que imponga nuevos cánones hermenéuticos. Y para ello se vale de su propia doctrina y de las reacciones que a favor o en contra provoca en juristas y estudiosos. SSTC de 2 de febrero de 1981, F.J. 3., y 30 de mayo de 1981, y 46/83, F.J. 6.

un nuevo derecho fundamental autónomo, el derecho al *secreto de datos*, un derecho que cuando se aprobó la constitución ni se podía imaginar³.

Cuando leemos la palabra “comunicación” no nos referimos a lo mismo de hace escasamente 10 años. La comunicación se ha democratizado, se ha pluralizado en cuanto a medios y generalizado en cuanto a usuarios. Y no digamos los conceptos de intimidad, privacidad, transparencia o información, con alcances y dimensiones desconocidas. Hasta hace muy poco opinaban los intelectuales e informaban los periodistas. Pero ya no es así, informar y opinar se realiza al mismo tiempo, simultáneamente, los periodistas están obligados, si quieren ser leídos, a informar opinando, y la prueba es que nunca he citado tanto a la prensa como en el libro que estoy terminando y del que este texto es una parte.

Pensad en el alcance de palabras como libertad, democracia y no digamos propiedad, educación, religión, la música que emiten al pronunciarlas, la imagen que nos provocan al escribirlas, tiene poco que ver con el momento en el que se escribieron o con las intenciones y razones del legislador al escogerlas para construir un determinado precepto.

La palabra “consumo” también ha dejado de tener aquellas connotaciones tan negativas, el consumo ya no es una práctica elitista ni se consume para aparentar y establecer diferencias, se consume más para uno mismo, por placer, curiosidad, satisfacción personal y no tanto para competir con los demás. Se consume para uno mismo y no tanto para lograr el reconocimiento del otro. En definitiva, que las palabras, por ejemplo, de la Constitución no han cambiado, son las mismas, pero su alcance y significado, su sonido en muchos casos es incluso radicalmente diferente.

El mismo hecho de votar se ha transformado en un acto consumista, en un acto de reafirmación personal y por eso no es jurídicamente posible obligar a votar a los ciudadanos bajo amenaza de sanción como se está haciendo en el Congreso y en el Senado sin ningún pudor (sin miedo a los demás). La misma palabra “Constitución” consistía en definir lo que es y hoy lo importante, lo que buscamos al escribirla, es defender lo que representa.

Resumiendo, el castellano antiguo a pesar de ser la misma lengua es muy difícil de comprender, y esto es así porque incluso para hablar no basta con conocer la propia lengua, es necesario además que los hablantes hagan referencia a un trasfondo de casos asumidos, de conocimientos, de imágenes y de presupuestos comunes que evolucionan y cambian.

Para entendernos, necesitamos de una teoría consensuada, un lugar y un momento que limite y oriente la lectura de un precepto y por eso los jueces, para leer las palabras de la ley, necesitan como un diccionario jurídico, un “corpus” de conceptos, de presupuestos comunes, de realidades y estructuras del lenguaje jurídico que constituyan una base de sig-

³ Recurso de inconstitucionalidad que interpuso como Defensor del Pueblo en el año 2000 contra la Ley Orgánica de secretos de datos. Partiendo del término “informática” se debía configurar el derecho fundamental al secreto de datos informáticos, un derecho que el constituyente no podía imaginar en el momento en el que introdujo el término. STC 292/2000.

nificados y conocimientos, un a-priori que permita desentrañar el significado de las palabras de la ley en cada momento, que les permita ir reconstruyendo el relato.

Pero para interpretar la ley no solo hace falta un texto y un diccionario. El juez, para realizar bien su tarea, para resolver las incertidumbres que inevitablemente le rodean, necesita conocer la realidad a la que el texto va a ser aplicado. Si queremos elaborar y después aplicar una norma que regule la producción y el comercio de la energía eléctrica es necesario disponer de conocimientos que nos enseñen qué es la energía y qué entendemos por electricidad, necesitamos saber las diferentes formas de producción, almacenamiento y transporte; finalmente, el juez para hacer bien su trabajo debe tener muy presente si sus decisiones son las mejores para la realización de los derechos fundamentales.

Cuando realiza su trabajo, el juez debe esforzarse y tener presente esta relación y mutua complementación entre norma, hecho y valor, porque cada uno necesita para conocerse de los conocimientos que le aporta el otro. Por eso para ser juez no basta con ser juez, porque cuando tiene que juzgar la legalidad de determinado producto financiero, por ejemplo las *preferentes*, si quiere hacer bien su trabajo deberá conocer el texto de la norma aplicable pero también deberá prestar atención a los efectos reales que produce su actuación y tendrá que valorar si dichos efectos son respetuosos con los derechos fundamentales⁴.

Un buen ejemplo de lo que os estoy diciendo son las discusiones entre juristas y científicos para estudiar las implicaciones que se producen en los derechos a la vida, integridad, intimidad, salud e igualdad a partir de los descubrimientos y prácticas posibles en el genoma humano y su afectación a la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo.

Categorías jurídicas como matrimonio, familia, padre, madre, hijo, que aparecen en infinidad de leyes, se modifican sustancialmente con los nuevos descubrimientos y resulta evidente que necesitamos conocer estos nuevos hechos y realidades para interpretar los preceptos que sirven para proteger los derechos.

¿Está vivo el embrión congelado?⁵ Todas sus moléculas están en reposo, vibrando sólo ligeramente pero sin hacer nada más. La actividad que tuvo una vez está ahora en suspenso, no está vivo, pero tampoco está muerto. Conserva la estructura y la información de los seres vivos. En este sentido, el embrión congelado está vivo, y en las mismas condiciones, en un mismo grupo de embriones unos pueden regresar a la vida y otros no.

Podemos llegar a la conclusión, válida jurídicamente, de que el embrión legalmente congelado no está vivo ni muerto, su vida está *en suspenso*, no corre el tiempo y dependerá

⁴ El Juzgado de Primera instancia número 3 de Madrid ha emitido una sentencia que resuelve de forma favorable la reclamación de una anciana que compró preferentes declarando nulo el contrato y condenando a Bankia a devolver a la jubilada 50.000€ más los intereses y las costas.

⁵ Para esta parte sigo el texto de LEE M. SILVER, y recomiendo su lectura. *Vuelta al Edén. Más allá de la clonación en un mundo feliz*, Taurus, Madrid, 1998.

de la voluntad humana y de determinadas circunstancias y casualidades que pueda regresar a la vida plena.

A partir de esto, el significado y alcance del término “vida” del artículo 15 de la Constitución cambia sustancialmente y se convierte en otro mucho más plural e indeterminado. La vida y la muerte para el Derecho ya no son lo mismo de hace unos años, las formas de producirla y eliminarla han aumentado y cambiado y la imagen que nos produce la palabra “vida” es totalmente diferente porque ya podemos estar muertos y vivos la vez.

A esta operación de aplicación, de concreción de las normas jurídicas que hace el juez se denomina *interpretación*, una operación que consiste en resolver las incertidumbres a las que se enfrenta al tener que concretar, decidir, el alcance y el significado de un texto jurídico para aplicarlo a la regulación de un determinado supuesto.

¿Hasta dónde puede interpretar el juez? En toda interpretación lo importante es sujetarse a reglas porque las reglas son las que nos permiten producir y transformar los signos, las palabras y dichas reglas, al igual que las técnicas, se aprenden. Una vez precisada y limitada una técnica podemos aplicarla a innumerables ejemplos concretos.

La habilidad del jurista no se encamina entonces a tener siempre a mano verdades, sino ante todo en su capacidad para reconocer y resolver los problemas jurídicos. ¿En qué consisten estos problemas? En gran medida en confusiones conceptuales, en ambigüedades e insuficiencias del lenguaje. Ante ello, el juez debe ejercer sus habilidades tanto para detectar los enredos como para proceder técnicamente a su disolución, sin olvidar que interpretar es decir lo que parece más ajustado, lo que parece y no lo que es porque siempre puede haber criterios de corrección y adaptación; ninguna interpretación agota lo interpretado. La verdad en Derecho siempre es oscura y esto, a fin de cuentas, es lo que nos salva.

Por eso la interpretación como acepción general no está vinculada solamente a los casos de oscuridad de la norma, sino a toda aplicación de ésta a la realidad, y además no existe una interpretación que sea la única lógicamente correcta porque la ley, y en mayor medida la Constitución, no es en la mayoría de los casos completa ni clara y tiene lagunas que no pueden colmarse mediante su aplicación mecánica.

Esto no quiere decir que la interpretación sea una actividad libre, discrecional, porque está condicionada por un procedimiento reglado. El juez se somete a la norma y a la teoría y reglas que permiten aplicarla, pero siempre se dará un margen de discrecionalidad, de libre apreciación. Y esta valoración no es incompatible con la objetividad más rigurosa, porque interpretar no es hallar por un procedimiento intelectual normas de derecho ya existentes, sino crear por un acto de voluntad una norma nueva y esta actividad es subjetiva y objetiva. Subjetiva porque siempre existe un margen de libertad y objetiva porque dicha actividad

está sujeta técnicamente a principios, es una actividad profesional, vinculada a la norma y a la teoría de la interpretación que garantiza que los juicios de valor no caigan en los excesos del Derecho libre⁶.

Y así, la interpretación de la Constitución, de la ley, la interpretación con vistas a la solución de casos concretos, sea por el juez en la sentencia o por una resolución de la Administración, deja de ser arbitraria si está fundamentada y justificada pero por ser interpretación contiene un margen de libertad sin el cual no habría decisión porque se elige la opción en función de las consecuencias, porque se debe justificar por los fines.

La interpretación en este sentido general es la actividad que nos permite conocer y comprender, la que nos permite actuar. Toda *lectura* es entonces interpretación, pero lo que entendemos los juristas se diferencia en el modo, en el cómo la realizamos y así la forma de interpretar nos permite diferenciar la interpretación jurídica de la ley de su interpretación política.

La creación política del derecho, la potestad legislativa que esencialmente realiza el parlamento, tiene un carácter subjetivo y responde a una libre apreciación realizada por el legislador, aunque limitado y en la medida que lo permite la norma fundamental, que no impone soluciones únicas para cada problema, pero que no es sólo límite político, sino también jurídico. Los Diputados no interpretan jurídicamente la Constitución cuando crea derecho, por el contrario, justifican y razonan sus decisiones con criterios de oportunidad o conveniencia, eligen una de las posibilidades que le ofrece el marco constitucional. El legislador no puede decir lo que dice la ley, la fabrica pero no es su dueño. No puede aclarar el sentido y alcance jurídico de las normas, le corresponde fabricarla sabiendo que lo que hace es susceptible de hacerse de otras formas y muchas de ellas seguramente mejores. El gobierno no puede, pero lo hace, convertir una medida de gracia excepcional como es el indulto en un instrumento político arbitrario para beneficiar a los amigos. Las elites han convertido el indulto, el perdón del Estado a un delincuente, en una trampa para anular las decisiones judiciales penales en función de sus intereses, incluso personales. Así lo han hecho en los últimos años al poner en la calle a 17.059 delincuentes, uno a uno perdonados sin necesidad de justificar el porqué⁷.

Por eso es preferible y más correcto referir sólo al juez la función de interpretar el alcance y el significado de un determinado texto jurídico y por eso no debemos confundir “la ley por encima de todos”, el imperio de la Ley, con “la ley por encima de todo”, que es una afirmación basada en la desconfianza hacia el trabajo del juez.

⁶ La escuela de Derecho libre mantiene que ningún precepto jurídico puede tener carácter obligatorio. Las leyes no son más que una formulación provisional que no obliga al juez, solo le orienta hacia la resolución más justa. Ver libro de GENY, F., *Libertad en el derecho entre certeza e incertidumbre*, Comares, Granada, 2007.

⁷ MARÍAS, J., “Dominical del 10 de febrero de 2013”, *El País*, p. 74.

Por eso, conviene especificar más de qué interpretación estamos hablando⁸. El legislador y el gobierno deben limitarse a fabricar una ley optando por alguna de las posibilidades que le ofrece el marco constitucional, pero no le corresponde decir cuáles son las posibilidades del mismo. Interpreta la Constitución porque opta y elige el desarrollo, pero no puede establecer jurídicamente su sentido y alcance.

Así la interpretación es concretamente interpretación judicial, actividad que el juez lleva a cabo para determinar mediante un razonamiento fundado en derecho el sentido y alcance de las palabras de un ordenamiento que se expresa a través de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho⁹.

La interpretación de la ley no puede reducirse ya al estudio dogmático de su gramática, que coincide con la falsa excelsitud de quienes ponen los ojos en blanco cuando hablan del ‘concepto’ de ‘ley’ o de ‘principios’ y no están dispuestos a dejarlos contaminar con historias, casos o subjetividades. Las normas tienen que adaptarse y modificarse en función de los fines que las justifican y las exigencias de las nuevas épocas y para ello es imprescindible conocer esos fines, ideales y valores que son constitucionales, pero también reales.

La ley, como el paisaje, como nosotros mismos, cambia sin necesidad de reformarla, tiene una vida propia, y el juez cuando la aplica también lo hace con el cuerpo, con sus manías y con su ideología y le influyen preferencias y circunstancias personales aunque su poder de decisión esté limitado por el texto y las sentencias de los tribunales superiores.

La gramática de la ley por encima de todo no tienen ningún sentido; incluso en actividades científicas más objetivables que la aplicación del derecho se dan elementos subjetivos y objetivos, teorías, pero también inclinaciones e intuiciones, se necesita adiestramiento, pero también elección y, por tanto, responsabilidad ante los resultados¹⁰.

⁸ El legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas, es decir, normas que no pretenden regular un hecho sino decir lo que dice la ley o la Constitución. Las interpretaciones de conceptos generales que no estén inmediatamente vinculadas a las regulaciones concretas que la ley contiene son inconstitucionales porque el legislador se extralimita en sus atribuciones. Son inconstitucionales porque el legislador realiza una actividad que pretende ser jurídica, técnica, científica, porque pretende realizar la interpretación jurídica de la Constitución, y este modo de interpretar corresponde exclusivamente a los jueces.

⁹ Como no hay otro legislador que nosotros mismos, como la ley la inventamos nosotros porque la ley *a priori* no tiene sentido, nos hemos tenido que inventar un sistema de fabricación de las normas jurídicas completo que solventa las lagunas.

¹⁰ En efecto, la aplicación de la ley no es ni puede consistir solamente en la interpretación de su validez afirmando la supremacía absoluta del texto jurídico y en donde lo jurídico, por ser jurídico, es siempre justo porque la ley aparece como intento de realización de una cierta idea de justicia, de un sistema de derechos fundamentales de valores que evolucionan, que cambian, que se concretan y que son los incorporados explícitamente en la Constitución, pero también aceptados y vividos como tales por una colectividad determinada. Tampoco se puede entender y menos aplicar una norma si su sistema normativo se aísla y separa de la realidad social y política en la que nace y en la cual se aplica. No olvidemos que el valor de una medición deriva de la medida con que se mide y los hechos evolucionan, cambian y nunca son vistos al mismo nivel.

No es suficiente con argumentar que la actuación judicial es permitida, posible en el marco legal, es necesario también convencernos de que es además la más justa y efectiva para la realización de los derechos fundamentales. Sólo entonces podremos decir que el juez está haciendo bien su trabajo.

Los magistrados, mediante la interpretación, con conocimiento profesional de la teoría, de los principios, de las técnicas y reglas asumidas y convenientemente consensuadas por la doctrina y por la jurisprudencia, con adiestramiento previo, con preparación, pero también con madurez, sentido común e imaginación, podrán dar soluciones claras a los problemas normativos y a los asuntos oscuros y colmar las lagunas legales declaradas impartiendo justicia.

En definitiva, el dogma de que el juez está sometido solamente a la gramática legal como expresión de la voluntad e intención de los que fabricaron la norma aparece como algo ficticio, como una trampa para justificar otras cosas. Y ello es así porque el Derecho es complejo y contradictorio y no está predeterminado en todos sus extremos.

Pero, claro está, a este aumento del poder del juez le corresponde un incremento proporcional de su responsabilidad ante él y ante todos. Responsabilidad que es la capacidad democrática por excelencia y, sin embargo, actualmente y junto a los procedimientos de acceso a la carrera judicial, los mecanismos para exigir cuentas son muy excepcionales y un juez no puede ampararse, como a menudo se hace, en una ley defectuosa para justificar sus errores, injusticias o retrasos.

Los jueces pueden y deben ser mejores sin que para ello deban cambiarse antes todas las leyes, porque disponen del poder necesario para hacerlo mejor y cumplir con su misión, establecer el equilibrio entre la necesaria validez para la estabilidad y seguridad jurídica y la conveniente movilidad para conseguir su adaptación y realización. Cuando la tarea de aplicar el Derecho no se realiza correctamente los problemas y conflictos aumentan.

La interpretación se convierte así en la actividad que busca el mejor sentido de la norma y el resultado más correcto, más ajustado. No se reduce, por tanto, a un acto puramente declarativo sobre su significado a partir de inferencias lógico-formales. La interpretación lee la pluralidad de sentidos posibles atribuibles a la palabra jurídica y ello implica siempre una opción y valoración, mayor o menor del intérprete. El carácter descriptivo de la interpretación supone siempre, consciente o inconscientemente, optar por determinados fines o valores, porque en Derecho no hay manera de decir la verdad, sólo se puede determinar mejor o peor un problema.

El intérprete, por tanto, no tiene como tarea hermenéutica solamente la de comprobar el sentido originario del texto de la ley y aplicarlo como correcto. El juez siempre se refiere a la ley en sí misma, a su vigencia, a la norma, pero tiene que determinar su contenido normativo respecto del caso al que se trata de aplicar, está obligado a admitir que las circunstancias

han ido cambiando y que en consecuencia la ley, el relato, tiene que ir determinándose de nuevo.

Así, el juez no pretende otra cosa que comprender el texto, comprender lo que da sentido y significado al texto, y para comprender esto no puede ignorarse a sí mismo ni a la situación concreta en la que se encuentra. Está obligado a relacionar el texto con esta situación, si es que quiere aprender algo de él.

He aquí, que conviene tenerlo siempre muy presente, porque los hechos que se ignoran a sí mismos son infinitamente más malignos que los conocidos y aceptados, que tienen entonces posibilidades de control.

Así es y no puede ser de otra forma, podemos intentar controlar la subjetividad del juez, pero por muchos controles que implantemos un elevado porcentaje de subjetividad está en sus sentencias porque en la actividad judicial no hay nada trascendente, es una actuación profesional como otras, deciden sobre nuestra libertad y propiedad como los médicos lo hacen sobre nuestra salud y nuestra vida.

Los jueces, como los médicos o los arquitectos, no son máquinas: deciden, escogen la decisión que consideran más ajustada entre otras posibles y podrían haberlo hecho de otra forma aplicando la misma ley, tratando la misma enfermedad o construyendo el mismo edificio. Por eso también son responsables de las consecuencias.

Jueces y magistrados son defensores de una ley que no pueden violar ni modificar y que deben aplicar siempre de acuerdo con los derechos fundamentales. Lo que exige la seguridad jurídica en un Estado democrático es que estas decisiones estén fundamentadas, razonadas, explicadas, que no sean caprichosas ni arbitrarias y que puedan ser revisadas por otros tribunales superiores. Pero el juez decide, no solo aplica, y por eso no es infrecuente que dos jueces puedan dar soluciones distintas a casos análogos y las dos decisiones sean validas y ajustadas y como tales deberán de ser obedecidas y ejecutadas. El juez no puede componer la música que produzca mayor placer sino aquella que sea la más ajustada, la más justa, porque como os he explicado los jueces deciden, ciertamente realizan una actividad reglada pero que no elimina la capacidad de decisión, de opción entre los diversos sentidos de una misma palabra, porque las leyes no son ideológicamente neutrales. No existe una interpretación privilegiada válida para siempre. Si sólo hubiera una única interpretación válida, ésta perdería su carácter interpretativo y se confundiría con la realidad misma.

Vamos, pues, a otra cuestión y dejemos lo anterior para más adelante y es que la justicia también se ha convertido en una imagen de marca y los jueces cada vez están más expuestos, tanto a nivel personal como profesional, a los debates televisivos que condenan, denuncian, absuelven y deciden sobre lo que la justicia todavía no ha hecho. Y se quejan. Pero los focos, se reconozca o no, también provocan que se actúe con mayor cuidado y se preste más atención al trabajo.

El juez realiza entonces una actividad objetiva, interpreta la ley mediante reglas y técnicas que se le imponen científicamente, profesionalmente, pero optando entre las diferentes posibilidades y justificando y fundamentando su decisión en razones jurídicas. Esta labor de creación de la judicatura, de opción, de adaptación, de concreción de las leyes, debe hacerse con pleno sometimiento a la constitución, aplicando el texto jurídico, que para eso está, pero también razonando y justificando la decisión como la más acertada y justa.

La actuación del juez en sí misma no es justa ni injusta; de la misma forma que no es bueno ni malo beber, comer, discurrir, nada de esto es bueno, bello y justo en sí, se convierte en bueno o malo según como lo hagamos. Es justo si se hace conforme a las reglas de la honestidad y realiza los derechos más fundamentales, e injusto y feo si se hace contra estas reglas.

La función jurisdiccional es entonces una actividad en la que intervienen múltiples factores, objetivos y subjetivos. Interviene la propia formación del intérprete, del juez, con sus humores, sus emociones, sus sentimientos, factores compensados al ser, en ocasiones, una decisión colegiada. El juez piensa quién es y dónde está, o no piensa nada. Piensa en su lengua, piensa en su tradición, su presente y su desaparición, y estos contenidos están en sus sentencias y sin ellos éstas resultarían ininteligibles.

La elección es clara, las sentencias también están hechas con el cuerpo y la memoria. Y para prevenir sus abusos y arbitrariedades no se debe intentar restringir artificialmente su ámbito de actuación, sino corregir las actuaciones imperfectas mediante una adecuada preparación y selección de sus titulares y establecer un sistema de controles y garantías que permitan revisar las actuaciones y exigir, en su caso, eficaz y rápidamente las correspondientes responsabilidades.

Por otra parte, estos elementos subjetivos que intervienen en la actividad judicial no son susceptibles de objetivación ni pueden reglamentarse totalmente. No son reconducibles a un código o catálogo y la acentuación y la relevancia que se dé a cada uno de ellos, dentro de los límites normativos y del marco de la ley aplicable, forma parte del ámbito de libertad y, por tanto, del poder que tiene el juez para acomodar el Derecho y hacer justicia, para suplir con las posibles interpretaciones las deficiencias de las normas, dotando de unidad, efectividad y coherencia a los códigos y de eficacia a los derechos, que son los mismos para innumerables supuestos diferentes¹¹.

Por eso la bondad de una sentencia no sólo depende de su objetividad, de su congruencia con la gramática de la ley, sino también de la persuasión de su argumentación y fundamentación. Y así, cuando una sentencia es consecuente y se fundamenta en argumentos objetivos y se justifica como la mejor y cuando, además, tiene el peso de la legitimidad, que es el irrenunciable sello de las obras bien hechas, es una buena sentencia. Dificilmente

¹¹ DAMIÁN MORENO, J., “El juez ante la ley”, en *Gobernanza democrática*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 174 y ss.

podemos exigir más a los magistrados porque no puede darse, y de hecho no se da, una discusión metódica para cada caso.

Además, si la judicatura siempre ha tenido poder para aplicar las leyes éste cobra un nuevo sentido, alcance e importancia en estos tiempos acelerados, cuando se afirma, como lo hace nuestra Constitución, la existencia de un conjunto de derechos, principios y valores a los que la ley está sujeta no en base a una creencia sino porque así lo hemos decidido¹². Desde entonces, la misión esencial de la justicia no solo consiste en aplicar la ley, sino en ser garantía última y efectiva de los derechos fundamentales también mediante el control de legalidad del poder ejecutivo, y la extensión que está adquiriendo esta función provoca un incremento acentuado del poder y de la importancia y presencia social del juez, por otra parte, cada día más necesaria. “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican” (artículo 106 de la Constitución Española).

¿Hemos hecho bien dejando tanto poder en manos de los jueces?

Los cambios casi nunca son voluntarios, incluso pueden ser inevitables y necesarios. En este sentido, creo que no había opción. Porque la democracia y sus derechos son fruto de conquistas parciales, mejoras y rectificaciones, que van avanzando, porque si los derechos y garantías no avanzan, desaparecen¹³.

Las modernas Constituciones han introducido acertadamente un control absoluto de la Administración por los tribunales y, por otra parte, lo jurídico ya no se circunscribe sólo a las disposiciones estrictas, dado que los derechos fundamentales ya no son simples normas programáticas no vinculantes, no son derechos constitucionales “vacíos” sino que constituyen, según prescripción expresa, “Derechos directamente aplicables”, estando en su mayoría legalmente concretado el fin y la medida de su posible aplicación.

Asimismo, la Constitución instala una jurisprudencia de valores, la libertad, la igualdad, la justicia misma, que constituyen junto a los derechos fundamentales un mandato expreso a todos los poderes públicos, y por tanto, al juez, de hacer esos valores reales y efectivos y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9 de la Constitución Española). Este contenido material de la Constitución, de su sistema de valores y

¹² En nuestro caso, tal mandato viene desarrollado en los artículos 53.1 de la Constitución y 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se establece que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

¹³ Nos falta memoria histórica. Vamos apasionadamente de un extremo a otro dando tumbos, discutiendo las mismas cuestiones y al mismo nivel. Vamos del dogmatismo a la relajación, de la religión al esoterismo, de la politización de la Justicia a la judicialización de la política y al revés. Por eso puede resultar útil recordar, como lo hago aquí, las cuestiones que ya a mediados de este siglo se planteó BACHOF, O., *Jueces y Constitución*, Taurus, Madrid, 1959.

de su pretensión de validez, junto con las competencias que el texto otorga a los tribunales, permite comprender el alcance y la importancia actual y futura de la judicatura.

Mientras la función del control judicial del ejecutivo estuvo vagamente formulada, con dudas sobre su obligatoriedad y sujeta a la discrecionalidad del ejecutivo, el control judicial no podría ser efectivo. Sólo cuando alcanza claridad e independencia puede asumir su función de control efectivo del gobierno al entregarles la responsabilidad última de cuidar, defender y garantizar los derechos humanos mediante la aplicación de las leyes; y si esta tarea ha sido importante, hoy en día adquiere un carácter indispensable ante el debilitamiento de la democracia por la falta de controles efectivos de los otros dos poderes del Estado. En gran medida, en el poder judicial reside la responsabilidad de recomponer y reforzar nuestra democracia reponiendo el imperio de la Ley.

No hay discrecionalidad al margen de la Ley. El control judicial de la discrecionalidad es siempre el control de los elementos reglados mediante los que se confiere la competencia y de los fundamentos y razones que justifiquen su ejercicio, y este control puede ser también una cuestión jurídica y ello no hace que el poder del juez sea soberano.

La siguiente cuestión es la tan temida politización de la justicia o judicialización de la política (sin menospreciar el peligro, dado que siempre es posible abusar de un poder, atribución o competencia) y, como os he recomendado siempre, antes de opinar conviene señalar a qué nos estamos refiriendo cuando advertimos de este peligro. ¿Se quiere decir que las cuestiones políticas no son analizables jurídicamente? Porque si éste es el fondo del reproche, no tiene ningún fundamento, dado que mediante el análisis jurídico de un acto político no se pretende sustituir por el juez lo que es competencia del gobierno, sino analizar si el acto entra dentro del marco normativo que habilita al gobierno para aprobarlo y si el ejercicio de esta competencia respeta las palabras de la ley y la realización de los derechos fundamentales.

El juez no analiza si la actuación del gobierno es la mejor, estudia si es ajustada a la ley que lo habilita, porque el carácter político de un acto no puede excluir un conocimiento jurídico del mismo. Juzgar a la administración (incluso controlando su actuación discrecional, como la concesión de los indultos y amnistías) no implica gobernar sino controlar que el gobierno no convierta una medida de gracia excepcional como es el indulto en un instrumento político arbitrario para beneficiar a los amigos.

Cada juez posee así la independencia y la capacidad para regular y orientar sus actuaciones, y a esta capacidad le llamamos libertad, es decir, autonomía, con sus efectos y consecuencias. Pero libertad (poder) cada vez mayor, en gran medida por culpa y dejación de los otros, pero cuya contrapartida es la responsabilidad; responsabilidad del juez ante él y ante todos, responsabilidad que es la capacidad democrática por excelencia, responsabi-

lidad de carácter civil, penal y disciplinaria de los jueces y magistrados en el ejercicio de sus revaluadas funciones de control¹⁴.

Pero aún más decisivo que todas estas consideraciones para justificar la necesidad de que este control judicial de las actuaciones del poder ejecutivo vaya en aumento, es el hecho de que hasta ahora la experiencia de estos últimos años, en toda Europa, ha confirmado, en general, la bondad del camino adoptado. El trabajo de los jueces ha contribuido esencialmente a restablecer, afirmar y profundizar la justicia de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- BACHOF, O., *Jueces y Constitución*, traducido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Taurus, Madrid, 1959.
- CAMPBELL, T., *La justicia. Los primeros debates contemporáneos*, Gedisa, Barcelona, 2001.
- DAMIÁN MORENO, J., “El juez ante la ley”, en *Gobernanza democrática*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.
- GENY, F., *Libertad en el derecho entre certeza e incertidumbre*, Comares, Granada, 2007.
- GROSSI, P., *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, traducido por ÁLVAREZ, C., Marcial Pons, Madrid, 2011.
- MARTÍN PALLÍN, J. A., *¿Para qué servimos los jueces?*, Catarata, Madrid, 2010.
- NIETO, A., *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007.
- RAWLS, J., *La justicia como equidad. Una reformulación*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2002.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1981; RAWLS, J., *La justicia como equidad. Una reformulación*, Paidós, Barcelona; ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid; CAMPBELL, T., *La justicia. Los primeros debates contemporáneos*, Gedisa, 2001; y GROSSI, P., *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, Madrid, 2011. Y para ello es necesario modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para asegurar y garantizar la efectividad y rapidez de los procedimientos para exigir responsabilidades penales, civiles y administrativas a los jueces y magistrados, simplificando los supuestos, eliminando la excepcionalidad, acortando los plazos de tramitación y ejecución de las sentencias condenatorias y, en definitiva, posibilitar su efectividad eliminando la excepcionalidad.